



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZB 20/11

vom

30. Januar 2012

in der Handelsregistersache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

MitbestG § 7 Abs. 1

Die Satzung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, bei der ein Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz zu bilden ist, kann nicht bestimmen, dass der Aufsichtsrat neben zwanzig stimmberechtigten Aufsichtsratsmitgliedern aus weiteren Mitgliedern mit beratender Funktion besteht.

BGH, Beschluss vom 30. Januar 2012 - II ZB 20/11 - OLG Hamm  
AG Essen

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart sowie die Richter Born und Sunder

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 29. September 2011 wird auf Kosten der Beteiligten zurückgewiesen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 3.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Beteiligte ist eine Konzernobergesellschaft in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren alleinige Gesellschafterin die Stadt E. ist. Sie beherrscht eine Vielzahl von Tochtergesellschaften, die insgesamt mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen. Gemäß § 1 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 MitbestG ist bei der Beteiligten ein Aufsichtsrat nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes gebildet.

2 § 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages der Beteiligten in seiner bisher geltenden Fassung trifft dazu folgende Regelung:

Der Aufsichtsrat der Gesellschaft besteht aus zwanzig Mitgliedern. Davon werden zehn Mitglieder von den Arbeitnehmern nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes 1976 gewählt. Die weiteren Mitglieder werden vom Rat der Stadt E. entsandt, wovon eines der Oberbürgermeister oder ein von ihm vorgeschlagener Beamter oder Angestellter der Stadt E. ist.

3 Am 20. September 2010 beschloss die Gesellschafterversammlung der Beteiligten, neben einer Vielzahl weiterer Vorschriften § 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages wie folgt zu ändern:

Der Aufsichtsrat der Gesellschaft besteht aus zwanzig stimmberechtigten Mitgliedern sowie aus bis zu vier Mitgliedern mit beratender Funktion. Von den zwanzig stimmberechtigten Mitgliedern werden zehn stimmberechtigte Mitglieder von den Arbeitnehmern nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes 1976 gewählt. Die übrigen zehn stimmberechtigten Mitglieder werden vom Rat der Stadt E. entsandt, wovon eines der Oberbürgermeister oder ein von ihm vorgeschlagener Beamter oder Angestellter der Stadt E. ist. Ratsfraktionen, welche dem Aufsichtsrat nicht bereits nach Satz 3 angehören, benennen jeweils ein beratendes Mitglied, das vom Rat der Stadt E. entsandt wird.

4 Die Geschäftsführer der Beteiligten meldeten die Änderungen des Gesellschaftsvertrages mit notariell beglaubigter Erklärung vom 20. September 2010 zur Eintragung in das Handelsregister an.

5 Mit Zwischenverfügung vom 27. September 2010 hat das Registergericht die beschlossenen Erweiterungen in § 8 des Gesellschaftsvertrages als unzulässig beanstandet, weil die ständige Teilnahme von beratenden Mitgliedern an Sitzungen des Aufsichtsrats gegen § 109 AktG verstoße; die beanstandeten Regelungen seien daher durch Gesellschafterbeschluss zu streichen. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde der Beteiligten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Beteiligten eine Frist zur Behebung des bezeichneten Hindernisses von einem Monat ab Eintritt der Rechtskraft der Beschwerdeentscheidung gesetzt wird.

6            Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der sie die Aufhebung der Zwischenverfügung des Registergerichts weiterverfolgt.

II.

7            Die zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

8            1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9            Die beschlossene Änderung des Gesellschaftsvertrages widerspreche zwingenden gesetzlichen Vorschriften über die Bildung und die innere Ordnung des Aufsichtsrates. Die Beteiligte unterliege dem Mitbestimmungsgesetz, so dass bei ihr gemäß § 6 Abs. 1 MitbestG zwingend ein Aufsichtsrat zu bilden sei. § 7 Abs. 1 Satz 1 MitbestG lege die Maximalzahl der Aufsichtsratsmitglieder unter Berücksichtigung des Satzungsvorbehalts auf zwanzig fest. Insoweit handele es sich um zwingendes Recht, gegen das die Satzungsänderung der Beteiligten verstoße. Des Weiteren sehe das Gesetz in § 109 Abs. 1 AktG in Verbindung mit § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG vor, dass Personen, die nicht dem Aufsichtsrat oder dem Vorstand angehörten, an den Sitzungen des Aufsichtsrats nicht teilnehmen sollten. Dadurch solle der Schutz der Vertraulichkeit der Sitzungen gewährleistet und die persönliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gestärkt und geschützt werden. Eine ständige Teilnahme von beratenden Aufsichtsratsmitgliedern an den Sitzungen des Aufsichtsrates verstoße gegen diese Gesetzeszwecke.

10           2. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie bleibt in der Sache aber ohne Erfolg.

11           a) Die Erweiterung des Aufsichtsrates auf bis zu vierundzwanzig Mitglieder gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung des Beschlusses vom 20. September 2010 verstößt gegen § 7 Abs. 1 MitbestG. Nach dieser Vorschrift setzt sich der Aufsichtsrat aus höchstens zwanzig Mitgliedern zusammen.

12           Bei der beteiligten Gesellschaft, die gemäß § 1 Abs. 1, § 5 Abs. 1 MitbestG dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt, ist gemäß § 6 Abs. 1 MitbestG zwingend ein Aufsichtsrat zu bilden. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 bis 3 MitbestG kann die Satzung die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder auf höchstens zwanzig Aufsichtsratsmitglieder festlegen, je zehn der Anteilseigner und der Arbeitnehmer. Abweichungen von dieser abschließenden Regelung sind nicht zulässig (vgl. MünchKomm AktG/Gach, 3. Aufl., § 7 MitbestG Rn. 6; Mertens in KK-AktG, 2. Aufl., Anh § 117 B § 7 MitbestG Rn. 2; Oetker in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 7 MitbestG Rn. 1; MünchHdbArbR/Wißmann, 3. Aufl., § 280 Rn. 1; Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl., § 7 MitbestG Rn. 17; Wißmann in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., § 7 MitbestG Rn. 2; Seibt in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, 4. Aufl., § 7 MitbestG Rn. 1; Raiser/Veil, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 5. Aufl., § 7 MitbestG Rn. 2; Heither/v. Morgen in Hümmerich/Boecken/Düwell, Arbeitsrecht, Bd. 2, 2. Aufl., § 7 MitbestG Rn. 1; Fuchs/Köstler, Handbuch zur Aufsichtsratswahl, 4. Aufl., Rn. 61). § 7 Abs. 1 MitbestG ist lex specialis zu §§ 95, 96 AktG (§ 95 Satz 5 AktG; vgl. ferner Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl., § 7 MitbestG Rn. 14; Heither/v. Morgen in Hümmerich/Boecken/Düwell, Arbeitsrecht, Bd. 2, 2. Aufl., § 7 MitbestG Rn. 1). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde kann daher aus der in § 95 Satz 1

AktG festgelegten Höchstzahl von einundzwanzig Aufsichtsratsmitgliedern nicht hergeleitet werden, dass die Höchstgrenze von zwanzig Aufsichtsratsmitgliedern nach § 7 Abs. 1 MitbestG überschritten werden dürfe. Nach der beschlossenen Satzungsänderung soll der Aufsichtsrat der Beteiligten aber aus zwanzig stimmberechtigten sowie aus bis zu vier weiteren Aufsichtsratsmitgliedern mit beratender Funktion bestehen. Da auch die nicht stimmberechtigten weiteren Aufsichtsratsmitglieder Aufsichtsratsmitglieder im Sinne von § 7 Abs. 1 MitbestG sind, wird die zulässige Höchstzahl überschritten.

- 13            b) Durch die Regelung in § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG, nach der Dritte zu den Sitzungen des Aufsichtsrats hinzugezogen werden können, wird, anders als die Rechtsbeschwerde meint, bei der Beteiligten als einer dem Mitbestimmungsgesetz unterliegenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht die Möglichkeit eröffnet, neben zwanzig stimmberechtigten Aufsichtsratsmitgliedern weitere Aufsichtsratsmitglieder mit nur beratender Funktion vorzusehen. Nach § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG ist nur die Zuziehung von Sachverständigen und Auskunftspersonen zur Beratung über einzelne Gegenstände zulässig. Die geänderte Regelung in § 8 des Gesellschaftsvertrages der Beteiligten sieht dagegen die ständige Teilnahme von bis zu vier beratenden, nicht stimmberechtigten Mitgliedern an den Sitzungen des Aufsichtsrats vor. Die ständige Teilnahme einer die Höchstzahl von zwanzig Aufsichtsratsmitgliedern übersteigenden Anzahl von Mitgliedern mit beratender Funktion an den Sitzungen des Aufsichtsrats ist mit § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG, § 109 Abs. 1 AktG nicht vereinbar.

- 14            Die Regelung der inneren Ordnung des Aufsichtsrats der Beteiligten bestimmt sich, da §§ 27 bis 29, §§ 31 und 32 MitbestG nichts anderes vorsehen, unter anderem nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG in Verbindung mit § 109 Abs. 1 AktG. Die sich aus der Verweisung in § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG ergebenden Regelungen sind zwingend (ErfK/Oetker, 12. Aufl., § 25 MitbestG

Rn. 6; MünchKommAktG/Gach, 3. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 3; Mertens in KK-AktG, 2. Aufl., Anh § 117 B § 25 MitbestG Rn. 1; Seibt in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, 4. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 1; Raiser/Veil, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 5. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 1 f.; Koberski in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 3 f.). Andere Regelungen in der Satzung der Beteiligten sind nur zulässig, soweit sie weder den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes noch den in § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG genannten gesellschaftsrechtlichen Vorschriften widersprechen, § 25 Abs. 2 MitbestG.

15 Aus § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG, § 109 Abs. 1 Satz 1 AktG folgt, dass an den Sitzungen des Aufsichtsrates der beteiligten Gesellschaft keine Personen teilnehmen sollen, die nicht Mitglieder des Aufsichtsrats und des Vorstandes sind. Bei § 109 Abs. 1 AktG handelt es sich trotz des Wortlauts um zwingendes Recht. Die Satzung kann daher über die in § 109 Abs. 1 Satz 2, § 109 Abs. 3 AktG genannten Fälle hinaus den Kreis der zu den Sitzungen des Aufsichtsrats zugelassenen Personen nicht erweitern (Raiser/Veil, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 5. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 33; Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 20; Koberski in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 20; vgl. ferner Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 109 AktG Rn. 7; Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 109 Rn. 1, 4 m.w.N.).

16 § 109 Abs. 1 AktG soll den Aufsichtsrat klar von gesetzlich nicht vorgesehenen Organen sowie anderen Personen abgrenzen sowie seine Arbeitsfähigkeit sichern und der Erhaltung der Vertraulichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats dienen. Die Vorschrift soll verhindern, dass nicht dem Aufsichtsrat oder dem Vorstand angehörende Personen ständig an Aufsichtsratssitzungen teilnehmen und so vergleichbare Einflussmöglichkeiten erlangen, ohne hierfür die entsprechende

Verantwortung zu tragen (MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 109 Rn. 2; Mertens in KK-AktG, 2. Aufl., § 109 Rn. 6; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 109 Rn. 1; Drygala in Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 109 Rn. 2). Die regelmäßige Teilnahme von ständigen Beratern und Auskunftspersonen an den Sitzungen des Aufsichtsrats ist deshalb unzulässig, da diese Personen nach der gesetzlichen Regelung, die Aufsichtsratsmitglieder ohne Stimmrecht nicht kennt, nur von Fall zu Fall zu einzelnen Gegenständen hinzugezogen werden dürfen (vgl. MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 109 Rn. 16 ff.; Hoffmann-Becking in MünchHdbAG IV, 3. Aufl., § 31 Rn. 47a; Mertens in KK-AktG, 2. Aufl., § 109 Rn. 14 ff.; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 109 Rn. 19, 27; Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 109 Rn. 4 f.; Drygala in Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 109 Rn. 7 f.; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 109 AktG Rn. 41 ff.; Henssler in Henssler/Strohn, § 109 AktG Rn. 5 f.; Koberski in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 20 f.).

17

c) Nach der von der Beteiligten beschlossenen Änderung in § 8 Abs. 1 Satz 4 des Gesellschaftsvertrages soll nur der Alleingesellschafterin das Recht zustehen, neben den zehn stimmberechtigten bis zu vier beratende Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Die angemeldete Satzungsänderung ist daher auch mit dem Grundsatz der paritätischen Zusammensetzung des Aufsichtsrats durch Mitglieder der Anteilseigner und Arbeitnehmer nicht vereinbar, den § 7 Abs. 1 MitbestG sicherstellen soll (Regierungsentwurf des Mitbestimmungsgesetzes, BT-Drucks. 7/2172, S. 22; Oetker in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 7 MitbestG Rn. 2, 4). In den vom Mitbestimmungsgesetz erfassten Unternehmen sollen die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat an den dort zu treffenden unternehmerischen Planungen und Entscheidungen grundsätzlich gleichberechtigt und gleichgewichtig teilhaben; deshalb ist der Aufsichtsrat mit der gleichen Zahl der Anteilseigner und Arbeitnehmer zu besetzen (Regierungsentwurf des Mitbestimmungsgesetzes, BT-Drucks. 7/2172, S. 16 f., 22). Die gesellschaftsrechtliche Gestal-



tungsfreiheit durch Satzung muss zurücktreten, soweit durch sie der Paritätsgedanke sowie das im Mitbestimmungsgesetz geregelte Zusammenspiel der beiden Mitgliedergruppen im Aufsichtsrat verändert wird (Koberski in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 8 m.w.N.; ErfK/Oetker, 12. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 3; Raiser/Veil, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 5. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 9; Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl., § 25 MitbestG Rn. 6). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde wird die von der Beteiligten vorgenommene Regelung diesen Prinzipien einer gleichberechtigten und gleichgewichtigen Mitbestimmung nicht gerecht, weil die Entsendung von bis zu vier zusätzlichen Mitgliedern zu einem Übergewicht der Arbeitgeberseite führt, auch wenn diese Mitglieder nur eine beratende Funktion ausüben.

18 d) Die von der Beteiligten in § 8 des Gesellschaftsvertrages vorgesehene Einführung von bis zu vier nur beratenden Aufsichtsratsmitgliedern neben den zwanzig stimmberechtigten Mitgliedern des Aufsichtsrates verstößt ferner gegen den Grundsatz, dass alle Mitglieder des Aufsichtsrates die gleichen Rechte und Pflichten haben sollen. Dieser in der mitbestimmungsfreien Aktiengesellschaft allgemein anerkannte Grundsatz (vgl. Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 107 AktG Rn. 7; Mertens in KK-AktG, 2. Aufl., § 107 Rn. 5) ist auch in das Mitbestimmungsgesetz eingegangen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1982 - II ZR 123/81, BGHZ 83, 106, 112 f.; Urteil vom 28. November 1988 - II ZR 57/88, NJW 1989, 979, 981 f.).

19 e) Auf die Frage, ob etwas anderes gilt, wenn eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt und bei ihr ein Aufsichtsrat deshalb nur fakultativ zu bilden ist, kommt es nicht an. Die von der Rechtsbeschwerde zum fakultativen Aufsichtsrat angeführten Gesichtspunkte können wegen der zwingenden Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes auf

den bei der Beteiligten nach den §§ 6 ff. MitbestG zu bildenden Aufsichtsrat nicht übertragen werden.

Bergmann

Caliebe

Reichart

Born

Sunder

Vorinstanzen:

AG Essen, Entscheidung vom 27.09.2010 - 89 HRB 4308 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 29.09.2011 - I-15 W 606/10 -